La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? Quelle expertise ?

Il n'est pas certain que la réflexion et l'attention portées sur la doctrine en tant qu'objet d'étude soient suffisantes. En France, l'ouvrage de Philippe Jestaz et de Christophe Jamin constitue à notre connaissance la seule tentative substantielle d'analyse générale de cet objet[1]. Il n'épuise cependant pas la réflexion et incite à la prolonger et à l'affiner pour chaque branche de la doctrine. Cette insuffisance de la réflexion sur ce que *doit être* le discours sur le droit en particulier rend difficile la reconnaissance de sa crédibilité scientifique et toute prétention à ce qu'il occupe une place face aux autres sciences sociales, dans un contexte pluridisciplinaire à la fois concurrentiel et uniformisateur.

Illustration première de cette insuffisance, pas plus que pour le droit[2], il n'est d'acception unanime de ce qu'est la « doctrine » pour les juristes. Les deux éléments sont liés. Seule une conception précise de ce qu'est le droit permet en l'occurrence d'identifier de manière claire ce qu'est la doctrine. Certes, il existe une (seule) doctrine identifiée en tant que telle de manière unanime, il s'agit de la doctrine universitaire et c'est elle qui souffre d'un déficit d'analyse en tant qu'objet d'étude.

Il existe également une autre doctrine, autrement plus étudiée, mais rarement identifiée comme étant une doctrine et donc peu observée comme telle : la doctrine du juge. Les manifestations de cette dernière sont aujourd'hui de plus en plus nombreuses et variées, en particulier pour le juge constitutionnel français. La motivation d'une décision de justice, les motifs de cette décision, constituent la matérialisation première de la doctrine du juge. Parfois confondue avec le droit lui-même, elle est en général considérée comme une interprétation « authentique », même si, sous cette qualification, on retrouve des significations différentes, souvent éloignées de la signification kelsénienne première pourtant revendiquée. Retenons, sans entrer dans la question délicate de son statut, qu'elle est une première expression, et une même une expression première, de la doctrine du juge. C'est à partir de cette motivation qu'il est possible de prévoir comment seront résolus les litiges. Elle est un moyen de prévoir les solutions apportées par le juge dans la résolution d'un cas concret.

La doctrine du juge ne se réduit cependant pas à la seule motivation et englobe tous les discours provenant plus ou moins directement du juge visant à éclairer cette motivation. A une motivation contenue dans la décision de justice s'ajoutent d'autres doctrines autour de celle-ci, qui ont toutes en commun d'avoir pour finalité de l'expliciter, de l'éclairer, de l'expliquer voire de la

---

1 P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, 314 p. Ouvrage qui n'offre pas en l'occurrence de bibliographie.

Voir également le numéro spécial consacré à la doctrine de la revue *Droits*, n° 20, 1994.

2 Et l'on doit d'ailleurs s'en inquiéter…

systématiser. D'emblée, par son objet, la doctrine du juge s'attribue les missions de la doctrine universitaire et se trouve en conséquence en situation de concurrence avec elle. Pour le Conseil constitutionnel, qui nous intéresse ici plus précisément, en dehors de la motivation, des « considérants », plusieurs éléments peuvent être considérés comme entrant dans la catégorie « doctrine du juge constitutionnel » et qui présentent un intérêt scientifique variable : les communiqués de presses, les commentaires de l'institution, anciennement commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*[3], tous deux publiés en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel sous chaque décision, les résumés des décisions présentés dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, les tables analytiques en ligne sur le site[4] et qui ont été distribuées au moment de la mise en place de la QPC à tous les avocats en France, les commentaires ponctuels des membres du service juridique, ceux, qui furent un temps systématiques[5], du secrétaire général dans les revues juridiques spécialisées et, enfin, les contributions, commentaires et autres discours des membres du Conseil constitutionnel ou des services de celui-ci publiés dans des revues et des ouvrages[6] ou encore disponibles en ligne sur le site du Conseil constitutionnel[7]. L'origine de cette doctrine est donc variable car elle peut émaner de l'institution, de ses services, des membres de l'institution, du secrétaire général ou des membres des services. Elle est donc plus ou moins diluée dans l'institution.

Toutes ces sources n'éclairent pas de la même manière la motivation du juge. Certaines le font plus directement que d'autres, comme les commentaires sous les décisions, que ceux-ci proviennent de l'institution, de ses membres, de ses services ou de son secrétaire général. D'un point de vue quantitatif, la masse de la doctrine du Conseil constitutionnel est considérable. L'on pourrait même s'y perdre à considérer que toutes ces doctrines doivent être utilisées pour éclairer la motivation du juge. La question de la place à leur accorder en tant qu'objet d'étude n'en est que plus nécessaire.

---

3 Les commentaires étaient auparavant publiés aux *Cahiers du Conseil constitutionnel.* Ils ne le sont plus aux Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel. Les *Cahiers* deviennent les *Nouveaux Cahiers* à partir du dernier numéro de 2010 (n° 29) qui fêtent en l'occurrence les 15 ans du premier.

4 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-themes-tables-/tables-analytiques.25838.html

5 Avec J.-E. Schoettl, à l'*AJDA* ou aux *Petites affiches* et qui ne le sont plus aujourd'hui et qui sont même exceptionnels avec M. Guillaume.

6 Voir pour des commentaires dans des revues spécialisées d'un membre du Conseil constitutionnel en exercice, par exemple : O. Dutheillet de Lamothe, « Le Conseil constitutionnel et le droit européen », *RFDC*, 2004, n° 57, p. 228 ; G. Canivet, « Le droit du sport devant le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2009, p. 565.

Voir pour des commentaires dans la revue du Conseil constitutionnel de l'un de ses membres en exercice, par exemple : O. Dutheillet de Lamothe, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 193.

Voir pour un commentaire du secrétaire général et d'un membre du service juridique du Conseil constitutionnel sous une même décision du Conseil constitutionnel, par exemple, sous C.C., n° 2005-513 DC, 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports* (*Rec.*, p. 67) : R. Fraisse, « Les redevances pour service rendu. Tentative de clarification », *Droit administratif*, n° 6, juin 2005, Etude n° 11, pp. 12 ; J.-E. Schoettl, « La loi relative aux aéroports devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 6 mai 2005, n° 90, p. 5.

7 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/contributions-et-discours.96537.html

Entre la doctrine universitaire et la doctrine du juge, il existe une catégorie hybride, qui participe de l'une et de l'autre : la doctrine universitaire publiée dans la revue officielle du juge, à savoir les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, aujourd'hui les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. Celle-ci a sa source dans la doctrine universitaire et se formalise dans la revue du juge au point qu'elle est susceptible d'emprunter à l'autorité de l'institution, par l'intermédiaire de la revue que celle-ci publie. La revue du Conseil constitutionnel labélise ainsi l'écrit doctrinal.

Les critiques sur les doctrines du juge, pour le Conseil constitutionnel au moins, sont parfois virulentes. Quand elles le sont, sans doute faut-il y voir déjà une tendance, elles proviennent peu de la doctrine constitutionnelle. Paul Cassia, par exemple, a fustigé cette doctrine visant, « par un acte distinct de la décision juridictionnelle, à une explication de texte ou à une mise en évidence d'une solution considérée comme importante »[8]. Il considère que « ce phénomène de mise en valeur prend un aspect exacerbé devant le Conseil constitutionnel : aux traditionnels communiqués de presse s'ajoutent désormais des rubriques *ad hoc* sur le site internet de l'institution, expliquant au lecteur combien le Conseil constitutionnel est protecteur des libertés et disant ce qu'il faut penser de ses décisions, et les *Cahiers* dudit Conseil qui, selon l'expression désagréable consacrée, donnent l'interprétation « autorisée », authentique, véritable, vénérable, des décisions rendues par les neuf ou onze membres. Il n'y a pas, à notre connaissance, d'autre instance « quasi » juridictionnelle en Europe qui dispose ainsi de sa propre revue juridique et s'en sert pour faire connaître des éléments qui devraient en réalité figurer dans la décision elle-même. De manière très louable, l'actuel secrétaire général du Conseil constitutionnel ne s'est pas inscrit dans la pratique de certains de ses prédécesseurs qui commentaient, de manière systématique, toutes les décisions de l'institution dans les heures suivant leur prononcé, obligeant ainsi les observateurs extérieurs à procéder à une analyse des décisions à la lumière de celle de l'auteur, lui aussi généralement qualifié d'« autorisé » par ces observateurs »[9]. A propos des commentaires par l'institution de ses propres décisions, J.-M. Denquin n'est pas moins sévère : « l'habitude a tendu à masquer ce qu'à d'étrange le comportement du juge qui livre sa décision avec le mode d'emploi, expose ce qu'il convient de comprendre, éventuellement d'admirer. On voit bien ce que cette démarche imprévue doit aux exigences de la communication : il faut donner de la décision une version exotérique, lisible en diagonale par les journalistes, faisant office de leur usage de *captatio benevolentiae* et fixant l'interprétation correcte du texte commenté – qui apparaît donc incapable de la présenter lui-même »[10].

---

8 Il ne serait d'ailleurs pas inutile de poser un même regard critique sur les doctrines tout aussi pléthoriques et problématiques du juge administratif.

9 P. Cassia, « Une autre manière de dire le droit administratif : le « fichage » des décisions du Conseil d'État au *Recueil Lebon* », *RFDA*, 2011 p. 830.

10 J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 4.

Ces critiques à l'égard des doctrines du Conseil constitutionnel, nombreuses et qui ne se situent pas toutes sur le même plan, invitent à poursuivre la réflexion sur la question de la perception de la doctrine du juge et de son utilisation par la doctrine universitaire constitutionnaliste et au delà, parce qu'il sera question de la QPC, de l'ensemble de la doctrine universitaire. Les rapports entretenus entre la doctrine universitaire et le Conseil constitutionnel s'apprécient de manière visible à partir de l'appréhension qu'a la première des discours du second. Il ne s'agira pas tant d'adopter une approche critique de cette doctrine du Conseil constitutionnel que de proposer une lecture critique de la prise en compte de celle-ci par la doctrine universitaire et, plus largement, de la distance que peut avoir la doctrine vis-à-vis de son objet, le juge et son discours. Ce glissement de la réflexion est d'autant plus nécessaire que la doctrine du juge se positionne par rapport à la doctrine universitaire et que l'appréhension et l'utilisation que fait cette dernière (la doctrine universitaire) de la première (la doctrine du juge) contribue à façonner et à justifier son existence.

La question n'est ici pas une question de *droit*, du moins pas directement, mais une question de *discours sur le droit*, une question épistémologique et méthodologique : que fait et que doit faire la doctrine universitaire avec les discours du juge ? La question est cruciale d'un point de vue disciplinaire car elle conditionne autant la pertinence du discours doctrinal que son utilité intrinsèque. Elle soulève à la fois des interrogations en termes de distance vis-à-vis des discours du juge et d'apport de la doctrine universitaire par rapport à cette doctrine du juge. Quel peut-être l'apport d'une doctrine universitaire qui se contente de reprendre à son compte les différents discours du juge sans distance critique et dans un souci de recherche de vérité juridictionnelle ? En découle la question de savoir quelle est l'expertise que la doctrine universitaire est susceptible d'apporter sur l'objet de son discours. La question dépasse ici le seul domaine de la QPC.

La question prioritaire de constitutionnalité constitue un terrain d'observation propice pour apprécier ces problématiques. Cette voie de droit s'inscrit dans un contexte doctrinal original à même de révéler des tendances significatives et de faire resurgir, avec plus de force encore compte tenu de l'attente qu'elle a suscitée, des tendances anciennes. Si l'on schématise (au risque de perdre en précision mais sans caricaturer), il est possible de dresser un aperçu rapide des orientations de la doctrine universitaire face à ce nouvel objet selon une perspective institutionnaliste ou, pour le dire autrement, en empruntant à une sociologie du droit sans rigueur ou à une « sociologie spontanée »[11], en usant d'une expression qui dépasse le seul cercle des juristes.

Avant la QPC, seule la doctrine constitutionnaliste s'est intéressée à la jurisprudence constitutionnelle du moins en tant qu'objet de recherche, même si l'enseignement du droit constitutionnel en première année de droit n'a pas forcément suivi cette orientation. Face à deux courants dans l'appréhension du droit constitutionnel, l'un plutôt juridique à partir de la jurisprudence constitutionnelle, l'autre plus classique empruntant à la science politique, l'on peut

---

11 Selon la formule de P. Bourdieu, voir par exemple : *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, 2012, 656 p.

dire que le premier l'a emporté sur le plan de la recherche universitaire (thèses, publications dans les revues juridiques), là où le second demeure encore dominant dans les enseignements de droit constitutionnel en première année de licence de droit[12].

La domination de l'école juridique de droit constitutionnel sur le plan de la recherche universitaire n'était toutefois que relative. Elle ne concernait que la doctrine constitutionnaliste, le reste de la doctrine publiciste, et *a fortiori* la doctrine privatiste, ne prenant en compte que de manière relative la parole du juge constitutionnel dans l'étude du droit[13]. Lorsque la doctrine constitutionaliste « juridique » défendait la primauté de la Constitution, l'unité de l'ordre juridique grâce à la Constitution et la constitutionnalisation du droit[14], elle apparaissait comme étant la seule à être convaincue par ce discours, quand ce discours n'était pas perçu comme une prétention disciplinaire hégémonique[15].

Dans un tel contexte, la QPC a fourni l'occasion à la doctrine constitutionnaliste de se revaloriser vis-à-vis des autres disciplines juridiques. Non seulement le discours du juge constitutionnel dispose d'une voie procédurale lui permettant d'être entendu dans toutes les branches du droit, mais le discours du constitutionnaliste, en tant que spécialiste d'un champ disciplinaire, devient un discours doctrinal valable, susceptible d'être entendu par le reste de la doctrine. Ce mouvement s'accompagne d'une arrière pensée, peut-être significative dans le positionnement doctrinal sur la réforme, la possibilité d'expertise privée, la consultation, par la doctrine constitutionnaliste au profit des plaideurs, jusqu'alors - fort injustement - réservée aux autres disciplines juridiques ayant des prolongements pratiques et contentieux plus immédiats.

Dès les premiers frémissements de la réforme, la doctrine constitutionnaliste s'est empressée de commenter son principe même, l'institution d'une question préjudicielle de constitutionnalité, puis, chronologiquement, la révision constitutionnelle, le projet de loi organique d'application, la loi organique et, depuis la mise en œuvre effective au 1er mars 2010, son application. Cette première période, du projet de réforme au début de la mise en œuvre, s'est caractérisée par une production doctrinale considérable malgré l'étendue réduite de l'objet à commenter et même par un volume de production inversement proportionnel au volume de l'objet. Le contexte se caractérise également par une concurrence doctrinale exacerbée. Tout le monde doit avoir écrit sur la question et, surtout, doit pouvoir se positionner sur le marché potentiel de l'étude de ce nouvel objet : chroniques régulières dans les différentes revues, et notamment dans les revues

12 Voir en particulier les plans des manuels classiques de droit constitutionnel. A tel point que le plan du manuel labélisé « école aixoise de droit constitutionnel », principale école ayant défendu une approche juridique du droit constitutionnel, emprunte encore en partie à une présentation classique du droit constitutionnel.

13 La réussite institutionnelle de l'école juridique de droit constitutionnel est en revanche forte au sein du droit public au regard du nombre de thèses soutenues et de la réussite aux différents concours universitaires, maîtrise de conférences et concours d'agrégation. Le droit constitutionnel n'apparaît en aucune manière comme une discipline marginale ou marginalisée.

14 L. Favoreu, « La Constitution, droit de la Constitution, constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 71.

15 C. Atias, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, 1991, p. 435.

lues par les avocats[16], contributions de fond, articles dans des journaux, création d'un observatoire officiel de la jurisprudence QPC[17], organisation de colloque, parfois même avec une périodicité annuelle[18], rédaction de manuels consacrés exclusivement à la QPC[19]…

Aujourd'hui, cette phase d'euphorie semble avoir laissé la place à une phase de banalisation. La doctrine constitutionnaliste a été rejointe dans son rôle de commentateur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par les autres doctrines juridiques, ce qui marque un succès considérable de la QPC. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est plus l'objet exclusif des constitutionnalistes. Elle concerne toute la doctrine juridique. Cet accroissement des commentateurs ne parvient toutefois pas à absorber celui, considérable, de la production jurisprudentielle du Conseil constitutionnel[20]. D'autant que se combine avec cette tendance, une certaine décroissance de l'intérêt de la doctrine constitutionnaliste pour cette jurisprudence. La doctrine s'est sans doute épuisée à s'être lancée trop tôt dans une concurrence frénétique à la production doctrinale labélisée « QPC ». Les conséquences sont significatives : le nombre de commentaires sous chaque décision, en dehors bien sûr des « grandes décisions », est parfois plus que réduit et certaines décisions ne sont plus commentées[21]. Cette banalisation présente un aspect positif. La QPC appartient au paysage juridique classique. De manière plus nuancée, cette banalisation se traduit par un abandon du commentaire systématique de la jurisprudence du juge constitutionnel. Désormais, la doctrine constitutionnelle doit trier parmi les décisions qu'elle doit commenter, sous peine de diluer son discours et de perdre une partie de sa pertinence et de son intérêt. De ce point de vue, la QPC oblige la doctrine à choisir et donc, déjà, à s'inscrire dans une démarche doctrinale.

L'apparition d'une autre doctrine, privatiste en particulier, à côté de celle constitutionnaliste ayant pour objet les décisions du Conseil constitutionnel, tend à mettre en relief des comportements singuliers de la seconde, tout comme un positionnement particulier de la première. Si les constitutionnalistes, en général, peuvent apparaître comme plutôt respectueux de la parole du juge constitutionnel, les autres sont beaucoup plus critiques. L'inclinaison naturelle au respect de son objet par la doctrine constitutionnaliste peut apparaître comme une tendance significative, ou

---

16 En dehors des chroniques constitutionnelles existantes, la création d'une chronique de ce type à la *Gazette du Palais* est significative.

17 Voir *infra*.

18 Nous pensons ici à la journée annuelle d'études sur la QPC organisée par l'Institut Maurice Hauriou à Toulouse, « Question sur la Question » et parrainée par le Conseil constitutionnel.

19 Voir pour ces manuels et plus largement pour la production doctrinale sur la QPC, le recensement effectué par le Conseil constitutionnel lui-même, même s'il n'est plus à jour en 2012 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/doctrines_61_1.pdf.

Voir en particulier afin de n'épargner personne dans la responsabilité de la surproduction doctrinale : X. Magnon, V. Bernaud, K. Foucher, J.-P. Mignard et T.S. Renoux, *La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Litec, Procédures, 2011, 466 p.

20 Même si celle-ci, mais c'est un autre sujet, tend aujourd'hui à se stabiliser voire à se réduire.

21 Voir le recensement des commentaires sur le site sous chaque décision.

du moins est-elle le plus souvent perçue comme telle, alors que c'est précisément la distance des autres doctrines avec ce même objet, qui n'est pas leur objet premier, qui autorise et favorise le regard critique. Celles-ci apparaissent d'ailleurs souvent comme d'autant plus critiques vis-à-vis des décisions du juge constitutionnel que ces dernières interviennent dans leur domaine de spécialité. La patrimonialisation de son objet d'étude conduit à percevoir comme intrusive toute lecture d'origine extérieure sur cet objet. Le juge constitutionnel sera ainsi naturellement suspect lorsqu'il se prononce dans un domaine, comme le droit privé, dans lequel il n'est pas *a priori* spécialiste. Il est alors considéré comme étant enclin à commettre des erreurs. Cette suspicion naturelle n'est d'ailleurs pas nouvelle. Cette tendance avait, par exemple, été manifeste sous la décision du Conseil constitutionnel sur le pacte civil de solidarité avec la doctrine privatiste. Elle s'est confirmée et même renforcée avec la QPC en raison de la multiplication des décisions.

Entre ces deux comportements, celui de la doctrine constitutionnaliste mérite d'être plus précisément étudié, sans renoncer toutefois à une comparaison avec les autres doctrines. D'abord parce que c'est la doctrine constitutionnaliste qui se trouve en définitive la plus affectée – ébranlée ? – par la QPC et les nouveaux rapports de force interdisciplinaires qu'elle implique. Ensuite, parce qu'en tant que constitutionaliste la familiarité avec le discours de cette doctrine est plus évidente et sa connaissance meilleure. Enfin, parce que les réflexions faites aux constitutionnalistes peuvent être transposées aux autres doctrines face à leur objet de prédilection.

Il semble que ces réflexions se doivent d'être menées librement, parce qu'elles participent d'un souhait de perfectionner le discours doctrinal constitutionnaliste pour le rendre, peut-être, plus rigoureux. Ces réflexions se nourrissent en l'occurrence autant de l'observation de la doctrine constitutionnaliste que d'une expérience et d'une réflexion personnelles sur son propre discours.

Ces précautions oratoires posées, la doctrine constitutionnaliste est face à deux tendances, deux attitudes à emprunter vis-à-vis de son objet et du discours du juge. Alors que la QPC apparaît comme un rêve doctrinal saisi par le droit, une inclinaison naturelle à la gratitude peut voir le jour. La distance par rapport à l'objet est donc imparfaite (§ I). Elle impose avec plus de force encore l'explicitation des contraintes devant peser sur le discours doctrinal et la formalisation de ses finalités, ce qui, en l'occurrence, dépasse le seul cadre de la QPC. Le discours doctrinal en tant que discours scientifique impose que son expertise soit expressément construite (§ II).

§ I – Une distance imparfaite

La déférence vis-à-vis du Conseil constitutionnel est une critique que l'on retrouve souvent, même si elle ne se formalise pas toujours dans des écrits, dans la bouche des représentants des

autres branches de la doctrine[22]. Cette critique ne repose pas sur une analyse exhaustive du discours constitutionnaliste mais relève plus d'un sentiment général, d'un certain parti pris également, et s'appuie assurément sur des illustrations ponctuelles qui, si elles présentent ce caractère, n'en sont pas moins significatives d'un certain comportement. Il ne s'agira pas de la combattre, le fait qu'elle participe d'un lieu commun paraît à lui seul justifier que l'on s'interroge, mais de mettre en avant les éléments qui peuvent contribuer à ce manque de distance vis-à-vis de son objet et d'illustrer ce manque de distance. Cette inclinaison bienveillante participe autant de l'objet lui-même, le Conseil constitutionnel, que de la doctrine universitaire qui porte un discours sur cet objet. Il existe en effet une part de responsabilité du Conseil constitutionnel qui, par certains comportements, tend à capturer la doctrine universitaire (A) et une part qui relève de cette dernière, la déférence à l'égard de l'institution objet du discours (B).

A - La part du Conseil constitutionnel : la capture de la doctrine universitaire

Soutenir que le Conseil constitutionnel « capture » la doctrine universitaire oblige à expliciter le propos. Nulle volonté stratégique consciente ou officieusement décidée dans un bureau obscur rue Montpensier n'est à l'origine d'un tel mouvement. Toutefois, un certain nombre de choix institutionnels du Conseil constitutionnel tendent à rendre captive la doctrine universitaire.

Premier constat : le Conseil constitutionnel est en mesure de valoriser la doctrine universitaire sous un angle institutionnel lorsqu'elle a recours à son expertise. Lorsqu'il s'agit de remettre à jour les tables de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'exploiter les archives du Conseil constitutionnel, de recueillir l'éclairage d'un célèbre constitutionnaliste ou encore d'attribuer le prix de thèse de l'institution, il est fait appel à la doctrine universitaire. Le gain pour la doctrine est au moins honorifique. Ce premier lien est difficilement contournable. Il apparaîtrait étonnant et même problématique que le Conseil constitutionnel n'ait pas recours à l'expertise doctrinale universitaire à chaque fois qu'un regard scientifique est exigé. Il est ensuite de la responsabilité de la doctrine sollicitée de maintenir une distance et de ne pas plier sous les honneurs. L'indépendance est peut-être plus affaire d'état d'esprit que de conscience.

Le fait d'abriter le discours de la doctrine universitaire dans la revue officielle du Conseil constitutionnel constitue une seconde illustration de cette capture. Il a une portée plus ambiguë. La doctrine universitaire figure aujourd'hui de quatre manières dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* : sous un dossier thématique spécial, au titre d'études spécifiques, pour commenter la jurisprudence et en droit comparé. L'existence d'une revue « officielle » a de quoi surprendre. Elle est originale en Europe, même si le rapport annuel du Conseil d'Etat abrite également la doctrine universitaire. Surtout, en raison du prestige et de la validation symbolique qu'une publication

---

[22] Voir de manière significative, par exemple, J.-M. Denquin qui considère qu'« à quelques exceptions près, glorieuses mais rares, la majorité de la doctrine attend la vérité du Conseil au lieu de lui apporter » (« La jurisprudence du Conseil constitutionnel… », *précit.*, p. 5).

universitaire dans cette revue peuvent avoir, elle constitue un enjeu stratégique décisif. Or, l'accès à cette revue est maîtrisé par l'institution elle-même. C'est elle qui décide de ce qui sera publié ou de ce qui ne le sera pas ; mieux, elle détermine les questions abordées et celles qui ne le seront pas. Nul doute que, dans ces choix, la doctrine universitaire est consultée, mais il n'existe pas un comité de lecture scientifique formalisé et, *a fortiori*, de méthode de sélection des contributions en double aveugle, conformément à une règle désormais partagée par la plupart des sciences sociales, à l'exception, notable, des juristes. Sur cette dernière question, la revue du Conseil constitutionnel est alignée sur la plupart des autres revues juridiques françaises[23]. Le risque potentiel de capture de la doctrine demeure d'une ampleur différente selon le type de production doctrinale contenue dans la revue. Le commentaire doctrinal de la jurisprudence, réalisé par un officiel « observatoire de jurisprudence constitutionnelle », apparaît au premier abord comme le plus sujet à discussion. La distance avec l'objet est la plus réduite qui soit, il s'agit de commenter de manière officielle le discours du juge sous la plupart de ses décisions dans la revue qu'il publie. Il ne s'agit pas d'affirmer que le Conseil constitutionnel exercerait une quelconque influence volontaire sur le contenu des commentaires. Toutefois, en conférant à cet observatoire une mission de commentaire et en créant ainsi un lien institutionnel de dépendance, l'institution Conseil constitutionnel ne favorise pas l'*apparence* d'indépendance de la doctrine. Il est ici au moins question d'*apparence*, chère à la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'impartialité. La doctrine ne sera pas forcément déférente dans ses commentaires dans la revue, mais elle sera peut-être moins encline à adopter une démarche critique directe dans un tel contexte que dans le contexte d'une autre revue. L'on se situe ici dans des ressorts psychologiques grossiers mais qui peuvent tout de même apparaître comme déterminants dans la perception de l'indépendance et de l'impartialité de la doctrine universitaire.

La dernière illustration de cette capture est la plus problématique et la plus substantielle. Elle est consécutive à la multiplication de la doctrine du juge constitutionnel. Sous cet angle, l'objectif poursuivi par l'institution est clair : garder la maîtrise de l'interprétation proposée par le juge. Si la volonté du juge n'est pas perçue de manière immédiate par la motivation elle-même de la décision, tout un ensemble de doctrines, produites par l'institution à laquelle appartient le juge, est diffusé pour que cette volonté puisse être perçue sans ambiguïté. De là est née une doctrine autorisée, révélant la volonté réelle de l'institution, à même de constituer un élément de comparaison pour apprécier la qualité de la doctrine universitaire. En elle-même, son existence soulève des questions : peut-on se satisfaire d'une nécessaire explicitation de la parole du juge en dehors de la motivation de ses décisions ? La qualité de la motivation ne doit-elle pas garantir son autosuffisance pour justifier la décision du juge ? Est-ce au juge ou à l'institution à laquelle il appartient d'expliciter sa motivation et donc justifier par d'autres moyens sa décision ? La qualité de la doctrine constitutionnelle est-elle si douteuse qu'il faille lui préciser ce qu'elle doit comprendre de la motivation du juge ? D'un point de vue stratégique, l'institution intervient sur le marché de la doctrine universitaire, en disposant d'armes dont celle-ci ne dispose pas, qui lui

23 A l'exception de la revue *Jus Politicum* qui revendique une sélection des articles qu'elle publie en double aveugle.

permettent d'établir la « vérité délibérative », purement factuelle et non normative, c'est-à-dire l'interprétation de la motivation du juge conformément à sa volonté réelle.

Tous ces comportements du juge tendant à la capture de la doctrine universitaire n'ont toutefois de portée que si cette doctrine s'inscrit dans un tel mouvement par une déférence marquée vis-à-vis de l'institution objet de son discours.

B - La part de la doctrine : la déférence à l'égard de l'institution objet du discours

Dans le contexte décrit, il pourrait apparaître difficile de disposer d'éléments objectifs exhaustifs observables permettant d'identifier l'attitude la doctrine universitaire. La lecture de l'ensemble de celle-ci, du moins sur la QPC, semble une tâche considérable pour le cadre de cette étude et la classification des différents positionnements délicate. La démarche adoptée pourrait se contenter d'un sentiment général, reconstruit à partir d'impressions générales ou de représentation reposant sur des exemples ponctuels marquants, ne révélant pas forcément la réalité du comportement. Il est également possible de raisonner à partir d'exemples caractéristiques qui cristallisent des enjeux doctrinaux importants et des orientations marquées. Il en est un qui paraît significatif à cet égard : il s'agit de la polémique entourant les premiers mois de la mise en œuvre de la QPC par la Cour de cassation, de la saisine impie de la Cour de justice par la voie préjudicielle achevée par l'épilogue aporétique du blocage de la transmission d'une QPC dans le domaine du droit de l'Union, au refus de transmettre la QPC sur la loi Gayssot et enfin à l'interprétation stricte, théoriquement aberrante, de la référence par la Constitution à la contestation d'une « disposition législative », aboutissant à un refus de transférer une QPC portant sur une interprétation jurisprudentielle de cette disposition.

Sans revenir sur les détails de cette polémique[24], il convient d'en rappeler les ressorts et, surtout, d'identifier les différentes tendances doctrinales qui se sont fait jour. Dans l'ensemble, sur les trois polémiques, les clivages doctrinaux ont plutôt été respectés, les constitutionnalistes défendant le Conseil constitutionnel, les privatistes, la Cour de cassation et les « européanistes », la Cour de justice, ce qui témoigne de toute la neutralité que peut avoir le discours doctrinal et de la crédibilité scientifique qui doit en découler. Au-delà de ces clivages, trois camps, pour ne retenir que les plus visibles d'une tendance significative du discours[25], se sont formés de manière visible avec la polémique sur le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice : le camp des inquisiteurs[26], le camp de la neutralité bienveillante[27] et le camp critique[28].

---

24 Voir pour une synthèse éclairante et remarquable : P. Deumier, « La Cour de cassation, la QPC et la doctrine : autopsie d'une polémique », *Mélanges Jean-Louis Bergel*, à paraître.

25 Bien évidemment en effet, une partie de la doctrine est restée mesurée dans cette affaire sans s'inscrire de manière forte dans l'un des trois courants invoqués.

26 Voir de manière significative : G. Carcassonne, N. Molfessis, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 22 avril 2010 ; D. Rousseau, D. Levy, « La Cour de cassation et la question prioritaire

Le terme « inquisiteur » est sans doute excessif, il n'en témoigne pas moins de la virulence des propos tenus contre la Cour de cassation, dont la portée a été telle, qu'ils ont abouti à une modification de la loi organique sur le Conseil constitutionnel pour que les QPC ne soient plus transmises au premier président de la Cour de cassation. Certaines des expressions utilisées ne laissent planer aucune ambiguïté : « *on soupçonnait la Cour de cassation d'avoir accueilli de mauvaise grâce la désormais fameuse (QPC) (…). Mais nul n'imaginait que cela la conduirait à renouer avec les traditions qui firent les beaux, puis les très mauvais jours des Parlements d'Ancien Régime, lorsque ces derniers refusaient de se plier à la loi* »[29] ; la Cour de cassation « *cherche le conflit* ! » par une décision « *abracadabrantesque* », provoquant la « *stupéfaction* », « *stupéfaction qui se mue en effroi* », et « *l'on se trouve sans voix et regrettant que, sur ce point, la Cour ait renoncé à l'aphasie* »[30] ; la Cour de cassation représente « *l'avatar contemporain de cette tentation des juges de faire pièce à la volonté du législateur* »[31] ; « *La Cour de cassation résiste… mal* », elle a commis des « *erreurs décisives* » dans un « *arrêt (qui) est tombé complètement à plat* » et « *il est recommandé d'oublier l'arrêt de la Cour de cassation. Au plus vite* »[32]. La critique a dépassé le strict cadre scientifique pour se transformer en polémique politique au nom d'une croisade pro-QPC sur fond légitimant d'exigences politiques tirées du respect de l'Etat de droit. Le camp de la neutralité bienveillante est provenu d'auteurs européanistes qui ont, d'une certaine manière, apaisé le débat, en ménageant à la fois la lecture constitutionnaliste et celle européaniste. Le dernier camp, critique, l'est avant tout du camp des inquisiteurs. Sans renoncer d'ailleurs à l'analyse critique des positions de la Cour de cassation, ce camp s'est, au moins, étonné de manière significative et a, au plus, dénoncé les excès du premier camp.

Le plus significatif dans ces clivages est que l'on y retrouve trois catégories distinctes de doctrine au regard de leur place institutionnelle dans le paysage scientifique universitaire : une doctrine

---

de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2010, n° 117, p. 12 ; A. Levade, « Renvoi préjudiciel *versus* Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1254 ; B. Mathieu, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCP-G*, n° 17, 26 avril 2010, 464.

27 D. Simon, A. Rigaux, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n° 5, mai 2010, étude 5 « Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, Le jour se lève ? », *Europe*, n° 6, juin 2010, repère 6 ; « Solange, le mot magique du dialogue des juges » Europe, n° 7, juillet 2010, repère 7 ; « *Perseverare autem diabolicum* ? La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité... », *Europe*, n° 8, août 2010, repère 8 ; « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 29, p. 63.

Voir également : D. Simon, « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 19.

28 P. Cassia, E. Saulnier-Cassia, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1234 ; P. Deumier, « La Cour de cassation, la QPC et la doctrine : autopsie d'une polémique », à paraître dans les mélanges en l'honneur de J.-L. Bergel ; M. Gautier ; « La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 », *RFDA*, 2010, p. 449 ; X. Magnon, « La QPC et l'Union européenne : la brute, les bons et le truand », *R.F.D.C.*, 2010, n° 84, pp. 761-791.

29 G. Carcassonne, N. Molfessis, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*

30 A. Levade, *précit.*, 1254.

31 B. Mathieu, *précit.*,

32 P. Gaïa, « La Cour de cassation résiste… mal. A propos de l'arrêt du 16 avril 2010 », *RFDA*, 2010, p. 458.

institutionnalisée, une doctrine en voie d'institutionnalisation, du moins vis-à-vis du Conseil constitutionnel, et une doctrine institutionnalisable.

Les critiques les plus virulentes sont venues de la doctrine la plus institutionnalisée, la plus proche sans doute du Conseil constitutionnel en termes de visibilité institutionnelle. Sans pour autant renoncer à toute objectivité scientifique, ce camp doctrinal a défendu d'un point de vue politique la QPC et, parfois, prononcé l'anathème contre la Cour de cassation. La fonction de légitimation du discours doctrinal mise en évidence par P. Jestaz et C. Jamin prend ici une dimension politique forte vis-à-vis de la QPC et du juge constitutionnel. Faut-il y voir une déférence à l'égard du Conseil constitutionnel alors qu'il s'agissait, dans le premier mois de la mise en œuvre de la QPC de se positionner de manière visible dans le champ institutionnel doctrinal ? Même si la réponse n'est pas évidente à apporter, la question mérite d'être posée. Peut-être qu'en étant perçu comme un fidèle à la cause de la QPC, il est plus aisé d'être choisi pour participer, grâce au Conseil constitutionnel, à l'appréciation, sous quelque forme que ce soit, de la mise en œuvre de la réforme[33]. Peut-être également qu'il s'agit d'une condition préalable informelle à la nomination de membres d'origine universitaire au Conseil constitutionnel ? L'absence de professeur de droit aujourd'hui au sein du Conseil constitutionnel ne saurait le confirmer… ou l'infirmer.

La neutralité bienveillante est venue d'une doctrine européaniste qui s'est rapprochée du Conseil constitutionnel et du droit constitutionnel au point d'être devenue la référence doctrinale « Union européenne » pour tout ce qui concerne la QPC, dans les revues juridiques, dans la revue du Conseil constitutionnel et devant la commission parlementaire chargée d'évaluer la QPC[34]. La mesure dans l'analyse sert la participation institutionnelle.

La critique est venue des plus jeunes, de ceux qui n'ont (encore) rien ou peu à attendre de l'institution, parfois d'ailleurs parce qu'ils proviennent de disciplines autres (droit administratifs, droit de l'Union européenne, droit privé). La neutralité scientifique est peut-être d'autant mieux défendue qu'elle n'a aucun coût en termes de rayonnement et d'avenir institutionnel. D'autres verront également une expression d'une nouvelle doctrine, moins marquée par des querelles d'école de « pensée », tendance qui ne pourra se vérifier que dans le temps. De là à dire que l'indépendance est plus forte lorsqu'il n'y a (encore) rien à attendre de l'institution que l'on observe, la remarque serait trop grossière, injuste et imprécise. Elle incite à la réflexion, surtout pour tous ceux qui auront bientôt et peut-être quelque chose à attendre.

Il reste que l'épisode de la Cour de cassation n'est pas le plus significatif d'une attitude de déférence à l'égard du Conseil constitutionnel. Le plus problématique, et qui apparaît comme un

---

33 On pense en particulier au rapport d'information de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, présenté par P. Wachsmann, Assemblée nationale, 5 octobre 2010, n° 2838, 111 p. La commission a procédé à nombre d'auditions pour remplir cette mission d'évaluation.

34 Voir *supra*.

problème de fond, réside dans l'utilisation par la doctrine universitaire de la doctrine du juge produite en dehors de la décision. Plus précisément, la tendance à considérer la vérité délibérative comme étant la seule à devoir être recherchée, et donc à s'en contenter, est gênante. Il ne faut pas se méprendre sur l'objet de la critique. Pouvoir disposer de la vérité délibérative n'est pas inutile pour la doctrine universitaire. En revanche, se limiter à cette parole revient à renoncer à la pertinence et à l'intérêt d'un discours doctrinal. Si le discours universitaire se réduit à éclairer la doctrine du juge autant se priver du premier et se concentrer sur le second. Cette tendance doctrinale est d'autant plus inquiétante qu'elle se confirme du côté de la jeune doctrine. Il s'agit d'une déférence condamnable à la parole du juge à laquelle il faut opposer un devoir d'ingratitude envers cette parole. L'expertise apportée par la doctrine est donc encore à construire.

§ II – Une expertise à construire

La visibilité comme la crédibilité scientifique d'un discours passent, au moins, par la formalisation des méthodes utilisées et donc par la reconnaissance d'un certain nombre de principes méthodologiques communs à respecter. La valorisation de la recherche scientifique, et particulièrement en droit, n'est possible que pour autant que l'on peut identifier ce que sera le discours du juriste et quels seront les apports de son discours dans l'analyse de son objet d'étude. La QPC et la dynamique doctrinale qui l'entoure constituent une occasion de mettre en avant ce savoir faire, de valoriser le discours juridique aussi bien vis-à-vis des autres sciences sociales parfois concurrentes, sociologie et science politique, que des pouvoirs publics et plus largement de la société civile. Le droit est un mode de régulation sociale des comportements qui concerne tous les citoyens et le juriste doit avoir sur cet objet social un discours intelligible et susceptible d'être entendu par tous ses destinataires. Le juriste doit être en mesure de peser dans les choix des pouvoirs publics, non par la défense d'une quelconque politique juridique, mais par une expertise reconnue. Cette expertise demeure encore, semble-t-il, en grande partie à construire. Elle implique tout d'abord de renoncer à une tendance doctrinale lourde : la recherche de la vérité du discours doctrinal (§ I). Elle impose ensuite d'expliciter l'apport de la parole doctrinale (§ II). L'enjeu est décisif. La crédibilité scientifique de la doctrine en dépend.

A - Renoncer à la vérité du discours doctrinal

L'évaluation de la pertinence du discours doctrinal soulève des difficultés. Comment en effet apprécier la qualité de ce discours ? La démarche empirique est tentante. La description et la systématisation de la motivation du juge à laquelle procède la doctrine universitaire seraient correctes si elles correspondaient à la volonté du juge exprimée dans son discours, c'est-à-dire à ce que l'on a qualifié de vérité délibérative. Le discours du juge validerait le discours doctrinal. En conséquence, la vérité délibérative permettrait d'identifier sans difficulté ce qui est l'intention du juge et, par voie de conséquence, de proposer un discours doctrinal juste. Pour le dire autrement

encore, selon une métaphore normativiste, le discours doctrinal universitaire serait régulier, valide, s'il était conforme au discours du juge.

Quel universitaire, malgré sa modestie naturelle, ne se satisfera pas de ce que le juge aura « repris » ou validé une notion, une analyse, une « position » qu'il aura défendu ? Dans un système académique d'enseignement reposant sur la notation depuis l'école élémentaire, la validation par le juge du discours universitaire des juristes constitue la mention très honorable avec félicitations du jury à l'unanimité de l'écrit doctrinal. L'évaluation est simple, objective. Concédons, dans le même temps, que la bonne note demeure (trop) rare. De plus, cette approche tend à subordonner la doctrine à son objet. Tout en étant commentatrice du discours du juge, la doctrine universitaire se perçoit comme indirectement évaluée par ce même discours, d'où la tendance à ne pas s'en éloigner. Cette absence de distance ne saurait être à l'origine d'une doctrine ayant quelques prétentions à un discours scientifique ou, pour le moins, à une certaine objectivité.

Dans le prolongement de la tendance à une approche empirique, il est vrai que la pertinence d'une évaluation selon une démarche analytique apparaît *a priori* de manière moins immédiate. Elle n'impose pas d'apprécier le discours universitaire en fonction de sa correspondance avec un autre discours mais de l'apprécier en lui-même, par sa force explicative, par la pertinence des descriptions proposées, par la rigueur du langage utilisé et par la capacité à rendre intelligible ce qui est décrit. Cette approche est celle qui semble la mieux à même de préserver la qualité du discours doctrinal en lui conférant une qualité en lui-même, à partir du langage utilisé et maîtrisé, et non pas à partir d'un autre discours.

Il reste que la tendance empiriste domine, le plus souvent de manière intuitive, ce qui conduit la doctrine à reconnaître une portée décisive à la vérité délibérative apportée par le discours doctrinal du Conseil constitutionnel. Elle constitue le présupposé implicite sur lequel repose la tendance doctrinale universitaire à s'appuyer sur la doctrine du juge développée en dehors de la motivation de ses décisions. La tendance existait avant la QPC. Il est d'ailleurs possible de la dater. Elle commence, grâce à un malicieux dédoublement fonctionnel, en dehors du Conseil constitutionnel, avec Bruno Genevois à la *Revue française de droit administratif* en tant que conseiller d'Etat alors qu'il était secrétaire général du Conseil constitutionnel, pour se banaliser notamment aux *Petites affiches* avec Jean-Eric Schoettl pour intégrer l'institution, toujours avec ce dernier, et s'officialiser avec les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel.* Cette présentation, qui repose sur une approche critique, oblige à s'interroger sur ce que doit faire la doctrine face et avec ce discours doctrinal du juge.

Il faut d'abord renoncer à tout objectif de vérité doctrinale et admettre l'erreur dans l'interprétation du discours du juge comme de tout autre énoncé normatif objet du discours. La doctrine ne doit pas poser quelle doit être l'interprétation d'un énoncé normatif au regard de l'interprétation du juge, mais proposer toutes les interprétations possibles d'un énoncé normatif notamment, mais pas seulement, à partir du discours du juge. Face à des énoncés normatifs par

nature indéterminés comme les énoncés constitutionnels, les interprétations possibles sont nombreuses et il existe même plusieurs interprétations possibles régulières. L'appréciation de la régularité à la Constitution est éminemment subjective en raison du nombre de possibles ouverts par une norme à l'énoncé indéterminé. Penser qu'il n'existe qu'une seule interprétation « vraie » ou régulière est ainsi une erreur théorique. L'interprétation donnée par le juge n'est qu'une interprétation possible et la doctrine universitaire se doit d'éclairer le possible du juge, les autres possibles, les évaluer et les apprécier entre eux. Elle doit également expliciter les différentes significations de la motivation du juge, y compris les significations qui s'éloignent de la vérité délibérative. Le juge doit être éclairé sur les significations possibles de son discours, quand bien même cette signification n'est pas celle qu'il a retenue. Les autres doctrines du juge, en dehors de la motivation des décisions, permettent d'établir la vérité délibérative mais comme cette vérité ne constitue que l'une des interprétations possibles, ces doctrines n'ont plus qu'un intérêt périphérique. Les possibles sont donc à établir d'abord à partir des énoncés normatifs textuels puis, éventuellement, à partir du discours du juge sur ces énoncés. L'apport de la doctrine universitaire ne saurait être que là, dans l'éclairage des possibles et non dans la répétition de ce que dit le juge.

La démarche préconisée oblige à revenir à un discours doctrinal ayant pour objet les énoncés normatifs issus des textes à titre principal et non plus seulement le discours du juge sur cet objet. Peut-être que la QPC, par la prolifération des discours du juge sur le texte constitutionnel à laquelle elle conduit, obligera la doctrine à se recentrer sur cet objet premier. Ce choix épistémologique doit s'accompagner d'une explicitation de l'apport de la parole doctrinale.

B - Expliciter l'apport de la parole doctrinale

La question ne relève pas seulement d'une prétention ou de velléités stratégiques dans un contexte favorable de visibilité médiatique tel que celui de la QPC. Elle paraît décisive pour que la parole doctrinale puisse dépasser le cercle restreint qu'elle constitue elle-même et, surtout, pour la crédibilité scientifique de la doctrine juridique en général. Dans le prolongement, les questions à se poser sont simples, les réponses le sont moins : qu'est-ce « être un juriste » ? Qu'est-ce que « observer » le droit pour un juriste ? Qu'est-ce qui singularise le discours du juriste sur cet objet vis-à-vis des discours que peuvent avoir d'autres disciplines sur le même objet ? Quelle utilité pour la doctrine universitaire à se lire et à être lue alors qu'il existe une doctrine du juge mieux renseignée sur les ressorts des décisions du juge ?

Il est deux premiers éléments, plus ou moins acquis, qui doivent être avancés mais qui ne suffisent pas ou qui ne sont pas convaincants. Première exigence : le discours doctrinal doit être un discours descriptif. La proposition relève de l'évidence dans une optique scientifique. Elle est un présupposé premier au caractère scientifique du discours. Elle ne suffit cependant pas à garantir la scientificité du discours et surtout à éclairer sur l'expertise du juriste. Second élément :

le discours juridique doit, devrait, faute d'être convaincu par cette exigence, emprunter à d'autres disciplines pour éclairer son objet. Le salut du discours juridique proviendrait de l'adoption d'autres regards que celui seulement juridique, supposé à lui seul insuffisant, sur fond idéologique d'une politique nationale de recherche universitaire visant à développer l'interdisciplinarité. La doctrine juridique a cette originalité que de penser que son discours juridique ne se suffit pas à lui-même, qu'il est ennuyeux, et que le juriste doit donc intégrer dans le discours d'autres dimensions : sociologique, philosophique, économique… Peut-être que les juristes sont des universitaires frustrés de ne pas l'avoir été dans une autre discipline, ce qui mériterait d'ailleurs une appréciation sociologique sérieuse, voire psychanalytique. En revanche, aucun philosophe ne souhaite appréhender avec un autre regard que le sien les objets de sa connaissance ; comme aucun mathématicien n'aspire à adopter une démarche sociologique pour étudier la théorie de la relativité (peut-être s'agit-il ici d'une erreur…). Le juriste semble au contraire d'autant plus s'épanouir qu'il s'éloigne de sa discipline première. Sur cette question, rien n'empêche le juriste d'adopter d'autres points de vue que le seul point de vue juridique, au moins à titre d'éclairage. L'on peut toutefois éprouver quelques difficultés à admettre que le juriste, lorsqu'il emprunte le regard du sociologue, à moins bien sûr de maîtriser l'appareil scientifique exigé par cette discipline, soit aussi performant qu'un sociologue ou qu'à se faire philosophe, sous les mêmes réserves, il soit aussi éclairé qu'un philosophe. L'on peut être sensible à la sociologie, à la science politique et à la philosophie, et on se doit de l'être en tant qu'universitaire, on n'en est pas pour autant sociologue, politiste ou philosophe. Cette remarque n'exclut ni, on le rappellera, des éclairages par le juriste à partir de ces différentes disciplines ni, on en conviendra, des travaux interdisciplinaires entre spécialistes de différentes disciplines.

Au-delà de la pluridisciplinarité interne au discours du juriste, il semble possible de mettre en avant les qualités propres de ce discours à même de lui conférer une singularité et d'en faire un discours scientifique véritable. Quelques aphorismes permettront d'expliciter l'apport de la doctrine et de poser, peut-être, les premiers jalons d'un programme doctrinal.

La spécificité du juriste lorsqu'il observe le droit réside d'abord dans le fait que son objet est constitué par des normes et donc par ce qui *doit être* et non pas par ce qui *est*. La norme impose un *devoir être*, objet premier du discours juridique, la question de savoir ce qui *est* constitue un autre objet. La logique normative répond au principe d'imputation et non à celui de causalité. Selon le schéma d'imputation si certaines conditions sont remplies alors tel événement *devra* avoir lieu, en pratique, dans les faits, il n'aura pas forcément lieu, alors que selon le schéma de causalité, si ces mêmes conditions sont réunies alors tel événement *aura* lieu de manière certaine. D'un côté, si l'on a commis un meurtre, on *doit être* condamné, il n'est pas certain qu'on le soit ; de l'autre, si la température de l'eau est portée à 100 C° alors l'eau bout. Pour autant, les faits ne sont pas totalement absents de la réflexion juridique, mais ils sont toujours appréciés non en eux-mêmes mais par rapport à un devoir être. Le fait n'est alors pas confondu avec ce qui doit être. Il permet seulement de l'éclairer sous l'angle de son efficacité.

A partir de cet objet constitué d'un devoir être, le juriste propose différentes interprétations possibles des énoncés posant ce devoir être et les évalue entre elles. A cette fin, il soulève et anticipe les questions qui pourront se poser en pratique en application de ce devoir être. Il identifie les questions de droit que l'application d'une norme est susceptible de poser en elle-même ou au moment de son application dans un litige concret. Le juriste soulève donc des questions, des questions de droit sur l'application du devoir être. Les règles générales et abstraites « sont prêtes pour des questions qui n'ont pas été posées, qui ne seront pas posées, qu'il n'apparaîtra plus nécessaire de poser »[35]. Il est capable, grâce à sa culture juridique et à sa capacité d'analyse, de problématiser. L'apport du discours doctrinal est ici décisif. Problématiser consiste à identifier les questions soulevées par le droit, à interroger, à identifier les difficultés en dehors même de son application concrète. Cette problématisation permet d'anticiper ou de se projeter sur l'applicabilité du droit. Elle offre une grille de lecture à partir de laquelle les différents possibles deviennent intelligibles. Dans le même temps, et sans que ce soit contradictoire, elle permet de s'éloigner des contingences de l'application pratique du droit pour en dégager les enjeux véritables et des lignes directrices. La problématisation conduit à poser une clé de compréhension pour appréhender une question. Elle permet de formaliser un point de vue permettant de lire de manière intelligible un objet, de modéliser la difficulté qui se pose. La comparaison avec un problème mathématique peut être utile dans la mesure où la figure des mathématiques constitue le référent dominant dans la représentation de la science. Lorsqu'il s'agit de déterminer à quelle heure le TGV arrivera gare de Lyon à Paris en partant de Toulouse à 9 h 30 en ayant une vitesse moyenne de 67 km/h et sachant qu'il aura à parcourir 679 km et qu'il devra s'arrêter 20 minutes à Bordeaux, il est nécessaire de problématiser. Il faut poser une équation permettant de résoudre la question posée en y intégrant les données de fait du problème. Face à un énoncé prescriptif, le juriste adopte la même attitude. Problématiser consiste précisément à établir l'équation permettant de résoudre la question ou, plus exactement, de donner la clé de compréhension de l'objet observé.

Pour éclairer ces difficultés soulevées par le droit et son application, le discours du juge n'est qu'un élément périphérique de la réflexion. Ai-je, par exemple, besoin de la jurisprudence du juge pour qualifier le principe de responsabilité du Chef de l'Etat posé par l'article 68 de la Constitution, en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de ses fonctions », de responsabilité politique ? Le juriste choisit également entre ce qui est important et ce qui l'est moins et participe d'une évaluation du droit et des questions qu'il est susceptible de poser. Il éclaire et révèle les sens cachés des énoncés. Enfin, il systématise. Des éléments disparates peuvent être réunis afin de systématiser les devoir être. La construction de notions ou de concepts contribue à cette systématisation et à une meilleure appréhension de son objet. Avec cet ensemble, soulever des question, problématiser, conceptualiser, le juriste assure une lisibilité du droit, une meilleure appréhension et compréhension de son objet. Il est possible

35 C. Atias, « Des réponses sans questions 1804-1899-1999 (quantitatif et qualitatif dans le savoir juridique) », *Rec. Dalloz*, 1998, p. 406.

de ne voir dans ces différents éléments qu'un ensemble d'exigences communes à tous les discours scientifiques. Peut-être. Il n'en est pas moins décisif de faire savoir que ce sont des qualités que l'on retrouve également dans le discours juridique.

La QPC est un événement institutionnel qui fournit une occasion à la doctrine constitutionnelle de se (re)construire. La visibilité qui lui est donnée impose un effort en ce sens. Il faut espérer que la doctrine constitutionnelle prenne le temps de le faire afin qu'elle puisse, au même titre que les autres sciences, témoigner de sa capacité à permettre de mieux comprendre le phénomène social que constitue le droit.

Xavier MAGNON
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Institut Maurice Hauriou